

# REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**



P  
R Br Ciên Crim  
n. 12/ex. 1  
1995

ano 3 - n. 12 - outubro-dezembro - 1995

**12**

**REVISTA  
DOS TRIBUNAIS**

---

**Publicação Oficial do  
INSTITUTO BRASILEIRO DE  
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

# REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

## Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

### INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Rua Tabatinguera, 140, 2.º andar, salas 206 e 207

CEP 01020-901 - São Paulo, SP — Tels.: (011) 604-1653 e 605-7724

Composição no biênio 95/96 — **Presidente:** Alberto Zacharias Toron; **1.º Vice-Presidente:** Luiz Carlos Betanho; **2.º Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira; **1.º Secretário:** Alberto de Oliveira Andrade Neto; **2.º Secretário:** Tatiana Viggiani Bicudo; **3.º Secretário:** Roberto Podval; **Tesoureiro:** Marcos Roberto Alexander; **Tesoureiro Adjunto:** Hélio Alejandro Nogués Moyano.

*Trimestral* — ANO 3, número 12, OUT.-DEZ./95

**Diretor:** Carlos Vico Mañas.

**Conselho diretivo:** Aduino Alonso Silvinho Suannes; Alvaro Busana; Antonio Magalhães Gomes Filho; Belisário Santos Júnior; Carlos Vico Mañas; David Teixeira de Azevedo; Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr.; Fauzi Hassan Choukr; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Maurides de Melo Ribeiro; Messias José Lourenço; Raulf de Melo Freire; Roberto Delmanto Júnior; Rui Stoco; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

**Secretário Geral:** Messias José Lourenço.

**Diretores convocados:** Alberto Silva Franco; José Henrique Pierangeli; Luiz Flávio Gomes; Luiz Regis Prado; Maria Tereza de Assis Moura; Miguel Reale Júnior.

**Diretoria Adjunta:** Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, David Teixeira de Azevedo, Edson Torihara, Eliana Passarelli, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Luíza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Oswaldo Henrique Duek Marques, Roberto Barioni, Sergio de Oliveira Medici, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner Malheiros, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto.

### Colaboradores permanentes

**Nacionais** — Ada Pellegrini Grinover, Adriano Marrey, Ana Lúcia Sabatel, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo Faria Lemos Pinheiro, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hermes Vilchez Guerrero, Herminio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araujo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochevsky, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Odone Sanguiné, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidney Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista.

**Estrangeiros** — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M.ª Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecília Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairoli Martínez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

**Representante na Espanha** — William Terra de Oliveira

**Entidades Colaboradoras:** Instituto Manoel Pedro Pimentel e International Center of Economic Penal Studies — ICEPS

**Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.**

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

### EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802  
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

**CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR:** (011) 607-2433

**Digitação e Diagramação eletrônica:** CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 — São Paulo, SP, Brasil — **Impressão:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 — Guarulhos, SP, Brasil.

*Impresso no Brasil*

## REFORMA PENAL — 10 ANOS

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor da Universidade de Brasília  
e Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A reforma penal brasileira completa dez anos. Compreende a Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal, respectivamente, Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e a Lei 7.210, da mesma data.

O Ministro da Justiça de então, Deputado Ibrahim Abi Ackel, constituíra depois Comissão para elaborar o anteprojeto da reforma da Parte Especial e da Lei das Contravenções Penais. Esse trabalho também fora concluído, todavia, sucessão da Presidência da República imprimiu outra orientação. Apesar de encerrada a revisão, não saiu do Ministério da Justiça.

A crítica da reforma penal reclama, ainda que ligeira, referência a seus antecedentes.

Nada acontece por acaso. Tudo resulta de sucessão de fatos.

O sistema penitenciário mostrava-se insuficiente. As críticas eram veementes. A superpopulação carcerária alcançava cifras inquietantes. O número de mandados de prisão que não eram cumpridos também preocupava as autoridades.

O relatório da CPI do Sistema Penitenciário assinalou o momento mais significativo. Publicado no Diário do Congresso Nacional, no dia 4 de junho de 1976 (Suplemento ao n. 61), trouxe ao conhecimento da Nação o angustiante problema. Registrou-se que se tornava necessária.

“A elaboração de um novo sistema de penas, com substitutivos à pena de pri-

são, nos casos adequados, tais como: ampliação do instituto da suspensão condicional da pena, de forma a ensejar sua aplicação com maior largueza; prescrição da reincidência dentro do prazo de cinco anos, uma vez cumprida a pena; repetição da suspensão condicional da pena, confiado ao juiz o arbítrio para concedê-la nos casos em que se convença da inexistência de periculosidade; ampliação do elenco de casos de substituição da pena de reclusão pela de detenção ou multa; adoção da pena domiciliar, restritiva de direitos de locomoção do imputado; adoção da prisão albergue domiciliar, como semente do *probation* (fiscalização); interdição de direitos, dentre os quais, a suspensão ou a cassação do direito ao exercício da profissão; suspensão ou cassação da carteira de habilitação para dirigir veículo”.

No tocante à execução penal, concluiu: “As penas de reclusão e de detenção, bem como as imposições penais prévias não se distinguem para a grande maioria dos presos, cumpridas que são em cárceres promíscuos; a individualização da pena é obstaculada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos; grande parte da população carcerária vive em ociosidade, sob a influência corruptora da subcultura criminal; esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere e antes serve à difusão e ao aperfeiçoamento do crime do que à

defesa da sociedade... Preconiza-se novo sistema de penas, dotado de substitutivos à pena de prisão, revestidos de eficácia pedagógica, de forma a restringir a privação da liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos. A busca de outras sanções para criminosos sem periculosidade diminuirá a ação criminógena do cárcere e atuará como fator de despopulação das prisões — O exame da personalidade do sentenciado, tendo em vista a natureza do crime, é que determinará sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena”.

Com os olhos voltados para essa realidade, a Comissão embora sem preocupação de filiar-se ortodoxamente a uma Escola, elabora o anteprojeto filiando-se às modernas orientações doutrinárias. Atende, ainda, à contribuição da jurisprudência brasileira.

O projeto ajustou-se às conclusões do 6.º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Caracas, Venezuela, de 25 de agosto aos 5 de setembro de 1980).

Voltou-se, fundamentalmente, para a realidade brasileira. Atento também às recomendações do Congresso de Kyoto, no Japão, em 1970, cuja política fora adotada, entre nós, pela Lei 6.416/77.

Depois de publicado o texto da Comissão, receberam-se as sugestões da sociedade brasileira. Promoveu-se a revisão. Ao depois, encaminhado o texto ao Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados, foi Relator o Deputado Nilson Gibson. No Senado Federal, o Senador Odacyr Soares.

O trâmite legislativo não foi fácil. Confirmara-se a observação do Ministro da Justiça. O envio conjunto de reforma da Parte Geral e da Parte Especial corria o risco de o projeto não ser aprovado. Com efeito, enquanto a Parte Geral reúne as normas gerais da teoria geral do delito, a Parte Especial compreende temas polêmicos, políticos do Código.

Debater erro de fato, erro de direito, erro de tipo, erro de proibição é assunto restrito aos técnicos e a quem domine a teoria geral do delito. Ao contrário, discutir aborto, eutanásia, sedução, adultério, por exemplo, dado, preponderantemente, o sentido político, o debate fica ao alcance de maior número de pessoas e, sem dúvida, posições radicais se entrecrocaram, dificultando elaborar texto de consenso.

Apesar disso, o Ministério da Justiça teve que transigir com o Congresso. Sacrificaram-se pormenores para ensinar o trânsito do projeto. Ilustrativamente, recorde, o ilustre Deputado Egydio Ferreira Lima apresentara, por solicitação da Ordem dos Advogados, Seccional de Pernambuco, várias emendas. Mais de dez. Houve, então, acordo para a aceitação de algumas. Não obstante a resistência, permaneceu a que confere, hoje, a redação do art. 13 — Relação de Causalidade. Com isso, o texto final encerra evidente conflito técnico. O *caput* adota o critério naturalístico. O parágrafo, contudo, específico da omissão, segue critério normativo.

A reforma reelaborou profunda alteração do Sistema de penas. Afasta-se da idéia — crime/cadeia. Busca conferir sentido dinâmico ao sistema do cumprimento da pena. Daí a necessidade, como foi feito, da Lei de Execução da Pena (Exame pormenorizado dos institutos consta de nosso trabalho *Código Penal de 1984 — Antecedentes. Ideologia. Princípio. Orientação. Finalidade* in Revista de Informação Legislativa (a. 22 n. 86 abr./jun. 1985).

Hoje, são passados 10 anos de vigência. Colocam-se algumas interrogações. A reforma se justificou? Compensou o trabalho? Foi eficiente? Não seria melhor o texto anterior?

Evidente, as respostas não serão unânimes. Em parte, porque estamos no âmbito de ciência normativa. De outra, tantas vezes, a crítica não considera o

fenômeno — crime — em todos seus aspectos.

Infração penal, quando examinada em função também das manchetes sangrentas dos jornais, não é fenômeno que se desenvolve apenas no plano normativo. Ao contrário, projeta-se no mundo da experiência jurídica.

O *O Estado de S. Paulo*, edição de domingo (23 de abril de 1995) estampa em manchete — “Cresce violência na Grande São Paulo”. A notícia informa que a violência cresce na Grande São Paulo e supera os números de Nova York e de Los Angeles. Todos os dias de 12 a 15 pessoas são mortas na Capital. O homicídio foi o crime que mais aumentou. Evoluiu 47%, nos últimos quatro anos, período em que a população cresceu cerca de 8%. Em 1992 (1.246), 1993 (1.311), 1994 (1.658) e 1995 (1.827). Esses números referem-se ao 1.º trimestre de cada ano.

Coloca-se, então, mais uma vez, a pergunta. O Código Penal foi ineficaz? A reforma evidenciou fracasso? Precisa-se pensar em reforma da reforma?

Os especialistas, acredito, têm posição firmada.

O tempo desta palestra não ensejará análise ampla, exaustiva. Prefiro eleger, por isso, como ponto central, o sistema de penas e a execução da mesma.

Aliás, a reforma, insista-se, foi elaborada por causa do sistema penitenciário. O Brasil, seja normativamente, quanto no campo prático, está em mora com as últimas recomendações.

O Código Penal de 1940 inspirara-se no Código Rocco, da Itália. O sistema de penas, não obstante a influência da Escola Positiva, mostrava-se inflexível. Em 1975, naquele país, foi editada a lei do sistema penitenciário, conferindo nova filosofia à matéria.

No Brasil, ainda não fora reelaborado o sistema de modo completo.

A Lei 7.209/84 estatui no art. 3.º: “Dentro de um ano, a contar da vigência

desta lei, a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos, sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja isso possível.

A substituição das penas privativas do exercício do direito de liberdade foi a maior contribuição da reforma. Não só do ponto de vista prático. Resultado também da moderna teoria geral do delito. A culpabilidade (sentido moderno do termo, qual seja, reprovabilidade ao agente do fato) ganhou significativa importância. Estabelece, do ponto de vista axiológico, distinção de agentes. Mais do que isso. Recomenda tratamento diferenciado. Realiza-se o parâmetro da verdadeira justiça. Não tem significado jurídico, porque atenta contra o princípio da isonomia, tratar igualmente situações desiguais.

Não faz sentido, agente de culpabilidade mínima ser colocado no mesmo parâmetro de agente de culpabilidade acentuada. Daí a necessidade de ser possível a substituição da pena que suprime o exercício do direito de liberdade.

Evidente, a substituição não pode ser reduzida a uma farsa para o não cumprimento da pena.

Prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (CP, art. 43 c/ c art. 46, 47 e 48) para serem eficazes, necessitam do devido acompanhamento.

A substituição precisa ser incentivada. Infelizmente, ao lado da insuficiência material, a reforma encontrou resistência da sociedade, acostumada a raciocinar com o mencionado binômio — crime/cadeia. Ainda não se habituou com a idéia de soluções alternativas.

Menciono fato ocorrido em Brasília. O motorista de um automóvel, dirigindo com excesso de velocidade, em determinado momento, perde a direção do carro,

ultrapassa o meio-fio e alcança, na parada de ônibus, três pessoas da mesma família. Atropela-as, provocando a morte de todas.

A sentença reconheceu o homicídio culposo, configurando o concurso formal. Individualizou a pena. Substituiu-a pela prestação de serviços à comunidade. Considerou que o réu, advogado, deveria dar assistência jurídica aos presos da Papuda (presídio do Distrito Federal).

Do ponto de vista social, a sentença foi sensível ao significado moderno da pena, ou seja, só se justifica se necessária e deve ser aplicada para atender ao interesse público.

Entre deixar o condenado, na ociosidade do presídio e exigir atividade socialmente útil, sem dúvida, impõe-se a segunda hipótese. Na espécie mencionada, o conteúdo compensou (juridicamente) o dano causado com o trabalho a quem não dispõe de advogado para acompanhar o processo penal.

A sociedade, porém, nem sempre é compreensiva.

Publicada a mencionada sentença, um jornal de Brasília lançou veemente protesto, afirmando que o autor de três mortes continuaria em liberdade!

Não teve, evidente, a sensibilidade de compreender que o Estado, através da pena, visa a extrair utilidade social.

A reforma, nesse passo, seguiu a trilha correta. Precisa ser incentivada.

Neste ponto, reconheça-se, há descompasso entre a vigência e a eficácia da norma. Tanto assim, quando o juiz promove a substituição, há como que espanto geral, a ponto dos jornais noticiarem o fato como algo inusitado.

O sistema de penas, assim, não encontrou a plenitude de sua realização. Aliás, o legislador brasileiro parece não aprovar o dispositivo da Constituição da República (inciso XLVI) que recomenda adotar, entre outras, como sanção principal a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social

alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

A reforma penal, assim, antecipou-se a Carta Política. Teve visão e iniciativa de ampliar as sanções penais, sacudindo as tradicionais reclusão, detenção, prisão simples e multa.

Não faz sentido, na visão moderna do crime, limitar o juiz a extensão tão restrita. Não há dois delinquentes iguais. Como a pena é resposta político-social ao agente, deve ser ampla, de modo a ensejar o magistrado ajustá-la ao caso concreto. Evidente, ajustá-la do ponto de vista material, para a sentença condenatória não ser mera aplicação formal de normas jurídicas.

A reforma penal, insista-se, tem esse grande mérito. Mudou a sistemática de aplicação da pena. Conferiu ao juiz amplitude de ação até então inexistente. Provocou, ademais, o constituinte a recomendar a ampliação do leque repressivo.

No caso da reforma penal, dir-se-á, a omissão não é do legislador. Ao contrário, do Estado (sentido amplo) que não implementou os requisitos para cumprimento da lei.

A criminalidade, todos sabem, existe em qualquer comunidade. Aumenta, todavia, chegando, muitas vezes, a níveis inquietantes, nos grandes centros urbanos. Aqui, as chamadas normas primárias de controle perdem eficácia e a pessoa encontra ambiente propício para as condutas delituosas.

Nas comarcas de população menor, é possível a substituição da pena privativa do exercício do direito de liberdade. Aí, o condenado é constantemente vigiado. Na cidade grande, entretanto, o controle, muitas vezes, é nenhum. O juiz não tem condições para promover o acompanhamento. Faz-se imprescindível, por isso, organização administrativa específica, dotada de profissionais especialistas na área. Caso contrário, ter-se-á, mais uma vez, de contemplar a ineficácia da lei.

O sistema do Código enseja distinguir delinquentes, conferindo, a cada um, o devido tratamento penal.

Necessário, porém, voltar a atenção para a Parte Especial. No tocante ao sistema de penas, promover a atuação da Constituição da República. A criatividade do legislador precisa ser colocada em movimento. Urge substituir, quanto possível, as penas privativas do exercício do direito de liberdade. Reservá-las apenas aos casos de gravidade manifesta, notadamente nos casos de violência, ou grave ameaça à pessoa e desde que outra não se faça recomendável.

Nenhuma reforma, outrossim, será eficaz se não houver confiança no Poder Judiciário, no sentido de conferir ao juiz amplo poder discricionário. Além disso, o magistrado deve imbuir-se da idéia de a sanção penal (compreendendo-se também, a sanção cautelar e a sanção processual) ter, como pressuposto, a necessidade. Caso contrário, vulgarizar-se-á a pena privativa do exercício do direito de liberdade, aumentando o número, não havendo, em contrapartida, estabelecimento adequado, gerando a superlotação, que, por sua vez, incentiva a indisciplina, a imoralidade e a corrupção.

Não é momento oportuno para aprofundada investigação de ordem criminológica. Todavia, a sociedade, muitas vezes, atua como fator concorrente. De qualquer modo, o delinquentes é membro da sociedade; como tal, precisa ser absorvido por ela. A execução da pena é modo dessa conciliação.

Pessoas menos avisadas imaginam que a finalidade do Código Penal é acabar com a criminalidade.

Nada mais errado do que isso!

O crime (qualificação valorativo-negativa da conduta) sempre existiu e sempre existirá, pelo menos no quadro histórico em que vivemos.

O Direito existe onde há sociedade. Em havendo sociedade, haverá valora-

ção da conduta. A resposta manifesta-se através da sanção. Quando se torna insuportável, ganha a severidade penal.

A esse conceito material, razões históricas e políticas conduziram à uma exigência formal, consubstanciada na anterioridade da lei penal — *nullum crimen, nulla poena sine legem*.

O Código Penal, por isso, seleciona condutas negativas e disciplina o tratamento jurídico ao seu autor.

Em outras palavras, na atual quadra histórica, de moral civilizado, disciplina a resposta jurídica.

Essa resposta deve enquadrar-se nos parâmetros dos Direitos Humanos para ganhar legitimidade.

Assim, o Código Penal não tem por objetivo eliminar a criminalidade. Ao contrário, conferir-lhe o devido tratamento jurídico.

Esta colocação afasta a procedência dos juízos precipitados que atribuem à reforma penal a causa, se não do incremento, pelo menos, por não haver diminuído a criminalidade.

Nota-se, há, aí, evidente erro de colocação.

Sociedade como a nossa, com inquietante aumento demográfico, profunda e prolongada crise econômica, passando por revisão de valores, sem dúvida, projeta criminalidade crescente, evidenciando aparecimento de meios sofisticados de execução. O mundo, de outro lado, dia-a-dia fica menor. A criminalidade internacional, por isso, é constantemente incrementada.

De outro lado, por concepção de valores ou de aparelhamento mais eficaz, manifesta-se, hoje, criminalidade que não vinha à apreciação do Judiciário.

A “cifra negra”, no sentido criminológico, e a “cifra dourada”, referente aos crimes do colarinho branco, começam a ser afetadas.

Em nosso Tribunal, há algum tempo, em todas as sessões há *Habeas Corpus*, ou Recursos de *Habeas Corpus* visando

a atacar denúncia, ou processos que tratam do chamado crime tributário.

A sonegação fiscal, entre nós, sempre existiu. Todavia, a repressão nunca se manifestara.

O tempo mudou. O Direito Penal teve sua clientela ampliada, alcançando faixa de pessoas até então social e economicamente protegidas.

O sistema de penas, introduzido na atual Parte Geral, confere razoável amplitude ao poder discricionário do Juiz. A pena deixou de ser mero esquema formal. A execução atribui especial significado ao comportamento do condenado. Antes, bastava aguardar o passar dos anos para receber a autorização de saída. Do condenado, exigia-se muito pouco; praticamente apenas o bom comportamento para obter o benefício dos chamados incidentes da execução.

Agora, ao contrário, a lei estimula a colaboração do condenado.

De um lado, acentue-se, o sistema progressivo da execução da pena dá alento para a disciplina.

Do regime fechado, poderá, segundo o mérito do condenado, passar para o regime semi-aberto e, deste, para o aberto. Ademais, tenha-se presente a remição; pelo trabalho, compensará o tempo da execução da pena à razão de um dia de pena por três de trabalho.

Merece referência especial também as autorizações de saída, compreendendo a permissão de saída e a saída temporária.

Se a sanção penal deve ser, a teor do disposto no art. 59 do Código Penal, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, impõe-se à execução manter o condenado, quanto possível, em contato com a sociedade. A esta, cumpre retornar. Outra finalidade, com certeza, será a negação do próprio sistema.

O sistema de penas, sem dúvida, é ponto relevante. Graças a ele (tenho convicção de não ser de eficácia plena) apesar das observações, honestamente

registradas, inúmeros condenados deixaram de ser jogados nas masmorras, onde, inevitavelmente, seriam agredidos física e moralmente.

Não resultaria nenhum benefício.

A reforma penal, contudo, não se restringe somente a modificações de ordem formal. Encerra oportunidade para aplicar o Direito justo.

Não concebo o Direito senão como momento e trânsito para realizar valores. Dentre estes, ressalta-se, a Justiça.

A vigente Parte Geral banuiu (prefiro enfatizar — de modo absoluto) a responsabilidade objetiva e o que é pior, a responsabilidade por fato de outrem.

O art. 19 — agravação pelo resultado — colocou o Direito Penal brasileiro consoante os princípios modernos.

Se o crime (também, evidente, a pena, consequência lógica) encerram reprovação ao agente, se o delito, fundamentalmente, é conduta qualificada, não faz sentido punir alguém, a esse título, senão quando o comportamento for juridicamente censurado.

Interpretação lógico-sistemática repele análise precipitada (vinculada à redação anterior) de persistência da responsabilidade objetiva, por exemplo, quando o art. 28 estatui que não excluem a imputabilidade penal: I — a emoção ou a paixão; II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo “álcool ou substância de efeitos análogos”.

Cumpra distinguir — presunção de imputabilidade — e elemento subjetivo.

Apesar da presunção (melhor seria se não houvesse), é restrita à imputabilidade, ou seja, o agente, não obstante as referidas circunstâncias, continua em condições de raciocínio e de autodomínio.

Não basta, porém, para a existência da infração penal, a imputabilidade. Exige-se ainda — ação, ou omissão. A conduta (comissiva, ou omissiva) não prescinde da vontade. Daí, a exigência de comportamento doloso, ou culposos.



Será contraditório Direito Penal da culpa prescindir da culpa (sentido amplo). Só assim, conjugar-se-ão o art. 28 e o art. 18, dispondo este, categoricamente, que o crime é doloso, ou culposo. Não há terceira espécie.

E mais. Se, pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente, não faz sentido dar relevo à vontade "para agravar a pena", dela prescindindo como elemento essencial do delito.

O conceito de infração penal resultante do sistema da Parte Geral confere ao intérprete dar solução aos casos concretos, nos parâmetros do Direito Penal moderno.

Neste ponto, a magistratura tem importante papel que desenvolve para a interpretação dos institutos deixar de expressar o sentido formal e ganhar a dignidade de análise material.

Arriscaria dar um exemplo. Haverá polêmica, não tenho dúvida. Prefiro arrostá-la a ficar restrito a fórmulas repetidas.

A individualização da pena é princípio registrado na Constituição Federal (art. 5.º, XLVI). Compreende três etapas: cominação, aplicação e execução.

A cominação é trabalho do legislador, define a pena através de lei formal. Conquista histórico-política indispensável no Direito Penal moderno.

Dada a harmonia dos Poderes, o Judiciário promove a aplicação, definindo "as penas aplicáveis dentre as cominadas" (CF, art. 59, I) e "a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos" (CP, art. 59, II).

Não se olvide, contudo, esses dispositivos integram o sistema das penas.

A pena, ficou registrado, encerra ideologia. Além disso, só faz sentido se necessária.

As penas cominadas representam situações em que a sanção se faz necessária. Correspondem a hipóteses normativas socialmente relevantes.

O delito evidencia exigência histórica. A conduta, evidente é desvaliosa. O passar do tempo pode repercutir no tipo. Os usos e costumes, os valores, enfim, a história porque projeta cultura, variam no tempo e no espaço. O crime de hoje, amanhã pode ser conduta irrelevante (materialmente considerado), não obstante a manutenção do tipo. Substancialmente, pode esvaziar-se. Situação excepcional, contudo, admissível.

O mesmo raciocínio é válido quanto ao agente do crime. Porque autor da infração penal, é censurado. A culpabilidade (reprovabilidade) enseja gradação. Mais intensa. Menos intensa.

O sistema penal, não obstante o esquema sancionatório, contempla casos de extinção da punibilidade; casos em que, formalmente, a sanção se faz desnecessária (Política Criminal).

Coloca-se, então, esta hipótese.

Ao juiz é facultado aplicar a pena, abaixo do mínimo legal?

No quadrante atrás delineado, encontra-se a resposta.

A cominação mínima pensa reprovabilidade atenuada. Há, evidente, espaço entre esse grau de censurabilidade e a ausência de reprovabilidade. Neste caso, inexistirá a própria infração penal.

Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude, nem excludente de culpabilidade) recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o juiz fixá-la em patamar favorável ao réu?

Impõe-se resposta positiva.

O Juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota o Direito. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais, deixa patente, os Poderes são independentes, contudo, harmônicos.

O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-

se-á o Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei.

Não se trata de mero preguismo. Ao contrário, realização de justiça material.

Agora, a observação final.

Alguns críticos da reforma, com acentuada dose de ironia, costumam dizer que a revisão da Parte Geral do Código e a Lei de Execução Penal foram elaboradas para a Suíça. Com isso, querem dizer, a reforma delirou da realidade brasileira.

Ledo engano! Vai, aí, insensibilidade ao significado da legislação!

O Direito preocupa-se com o dever-ser. O princípio da igualdade dos homens está inscrito na Carta Política. Aliás, tradição iniciada antes da Constituição Imperial de 1824, precisamente com as Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821.

A isonomia, no entanto, não se realizou de modo completo. Distinções étnicas, sociais, culturais, econômicas, na prática, distinguem os homens. A lei, sabe-se, não atua, com o mesmo vigor, relativamente a alguém; por uma dessas razões, tem condições de enfrentar o chamado controle formal da criminalidade.

Não obstante, cumpre manter o princípio, como programa. É o dever-ser que se faz presente, solenemente proclamado. No dia em que todos (efetivamente) forem iguais, o comando constitucional far-se-á ocioso. Restará apenas como registro histórico!

O mesmo acontece com a legislação penal. Porque, exemplo, o sistema penitenciário de execução da pena não obedece o padrão mínimo recomendado, impõe-se formalizar normas tendentes a mudar esse quadro.

A lei, insista-se, só se justifica para manter, ou mudar a realidade, segundo tábua de valores. Se, entre nós, o sistema penitenciário e a execução da pena fossem, pelo menos, razoáveis, dispensar-se-ia qualquer lei para mudar a realidade. Enquanto isso não acontece, a norma (dever-ser) é imprescindível.

Assim, a comparação correta é esta: porque o Brasil não é a Suíça, fazem-se necessários Código Penal e Lei de Execução Penal, nos termos postos. Encerram programa. Quando a realidade a ele se ajustar, estará na hora de nova reforma penal.

Bom será se o tempo for breve!